

Title	ザルツヴェーデルの公法契約論
Sub Title	Die öffentlich-rechtliche Vertrags-lehre von Jürgen Salzwedel
Author	藤原, 淳一郎(Fujiwara, Jun'ichirō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1975
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.48, No.1 (1975. 1) ,p.47- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19750115-0047

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ザルツヴェーデルの公法契約論⁽¹⁾

藤原淳一郎

第一節 序言

第二節 ザルツヴェーデルの公法契約論

(一)問題の所在

(二)公法契約の概念

(三)公法契約の許容性の限界の一般原則

(四)和解契約の許容性

(五)交換契約の許容性

第三節 ザルツヴェーデルの所説の検討

第一節 序言

ドイツ行政法学において、周知のように、O・マイヤーに代表される公法契約否定説の流れの中で、「公法契約」は、長い間、日陰者(Schattendasein)⁽²⁾とされてきた。アペルトの「行政契約」が一九二〇年に公にされ、⁽³⁾公法契約が、行政法体系の中で、一応の位置づけを与えられはしたが、しかしそれは限られたものであった。公法契約が特に重要視され始めたの

は、第二次大戦後である。行政実務上、行政行為と並んで、契約という手法がとられ、その存在を、もはや無視できなくなつたからである⁽⁴⁾。これに対応するかのように、一九五八年に、にわかに関心を集めることになつた。ザルツヴェーデルの「公法契約の許容性の限界」⁽⁶⁾、スイスのインボーデンの「行政契約」と、二つのモノグラフィが公にされ、また、シュタイン⁽⁷⁾の論文「公法契約論の基礎づけ」⁽⁸⁾が公にされたのも、この一九五八年である。

筆者は、先に、現在の西ドイツにおける公法契約をめぐる議論が、行政手続法草案中の公法契約の規定に関して、どう展開されているかを紹介する機会をもつた⁽⁹⁾。その時に、この行政手続法草案に、ザルツヴェーデルの公法契約論が、かなりの影響を与えているように感じたため、彼の所説を検討することにして、ここに、その大要を、紹介したいと思う。しかし、何分にも、十五年以上も前に書かれた文献であり、また、山田幸男⁽¹⁰⁾、原田尚彦⁽¹¹⁾両教授によつて、彼の所説の大要は紹介済みであるので、屋上屋を架すことになりそうではあるが、いずれにしても、彼の所説を今一度検討してみる価値はあると考える⁽¹²⁾。

第二節 ザルツヴェーデルの公法契約論⁽¹³⁾

ザルツヴェーデルの「公法契約の許容性の限界」^(13の2)は、第一部・公法契約の問題点の概観、第二部・公法契約の概念と体系、第三部・公法契約の許容性の限界、という、三部に分けられており、第三部が中心をなしている。本稿では、この順序に従つて、それぞれの論点についての、彼の所説を述べ、次いで、その検討を行なうこととする⁽¹⁴⁾。

(一) 問題の所在

行政実務上、公法契約は、重要な役割りを担つており、今日では、公法契約の助けによつて、公行政の任務が、達成もさ

れ、達成されなければならなくなっている。公行政の任務の領域の拡大・重要性の高まりにともない、公法契約の適用も増大し、ことに、公行政の課題が、予想されず突然生じるような場合——特に生活配慮行政において——に對して、公法契約の重要性がある。ところがこのような行政実務上の公法契約の重要性にもかかわらず、行政法理論におけるそれと比較すると、両者の間に、公法契約に対する特別の不協和音 (eine eigenartige Zweispaltigkeit) が存在する。もちろん、O・マイヤーの、公法契約の法体系上の一般的拒否 (allgemeine Ablehnung des Rechtsinstituts) に始まる学説の展開は、アベルト以後、公法契約を、行政法の法体系上、認めるようにはなっている。しかし、公法契約に對する「継子 (Stiefkind)」扱いな考え方が、なくなつたとは速断できない。すなわち、(i) 「行政行為」こそが行政の本質にふさわしいものであり、したがつて、公行政の領域における法律行為の解釈に際しては、疑わしきときは行政行為に優位を与えるというように、公法契約を「異物 (Fremdkörper)」と考へる考へである。公法契約の効果 (Wirkungsbereich) を、できるだけ「行政行為」のそれに緊密にしておくことである。(ii) 反面において、公法契約の効果も、「私法契約」のそれに緊密にしておくことである。つまり、公法的色彩を除こうとするものである。(iii) 公法契約の許容性の限界について、たとえば「公法契約は公法〔法規〕が明示にその場を与えた限りにおいてのみ、許される」というふうに、過度の制限 (übersteigerte Restriktivität) が従来説かれてきている。このようにして、公法契約は、行政行為や私法契約に変えられたり、許容性の限界も、制限的に引かれていたため、学説は、実務上の必要性を満足させることができないのである。

ザルツヴェーデルは、以上のように述べてから、このような学説と行政実務との対立ないし不一致の原因を、次のように分析する。第一には、行政法の対象として、国家と国民との間に存在する支配服従関係の領域における高権のみが認められ、取扱われるという、純粹の高権的思考 (ein rein obrigkeitliches Denken) が、長い間、公法思想であつたことである。公行政活動は、法律の執行としての、国家と国民との高権関係 (das obrigkeitliche Verhältnis) に限定されてくるので、

国家と国民とが対等の立場で契約を締結したり、両者の意思表示の等価値などというのは、考えられないことであつた。第二には、私法理論との対抗上、行政法の独自の特色を考え、その結果として、私法関係は対等関係・公法関係は支配服従関係という図式が導き出され、そのために、「行政行為」論から脱却できなかつたことである。第三には、公法契約は「その許容性が、実定法上、明示的に与えられている限りで、許容される」との原則を生み出すような、法実証主義の影響である。第四には、国家の財産法関係は、全て私法に属し、争訟が生じれば、通常裁判所の管轄に属することになるといふ、「国庫理論(Fiskus theorie)」から、公法契約らしきものが、私法的に解釈されることである。第五には、戦前における、行政裁判への出訴についての列記主義(Enumerationsprinzip)のため、私法契約と構成しなければ、裁判所による救済が与えられなかつたという事情の存在である。第六には、私人の側に、職務行為を求める訴え(Klage auf Vornahme einer Amtshandlung)を提起する権限がなかつたために、契約上の義務だからということ、行政庁に対してある行為を訴求することができないという事情の存在である。⁽¹⁶⁾ザルツヴェーデルによれば、これらの六つの事由は、全て、時代遅れの見解であるか、または、行政裁判制度の改革によつて、根拠を失つてしまつたものばかりである。すなわち、第一の純粹の高權的思想は「時代遅れ(überwunden)」である。⁽¹⁷⁾第二の、行政法学を主要な法部門として確立するために、私法上の法概念を拒否するといつた段階は、もはや終わりをつけているのである。⁽¹⁸⁾第三の、法実証主義は、戦前の学説である。⁽¹⁹⁾第四の、国庫理論は、法制史的事柄である。⁽²⁰⁾第五の列記主義は、概括条項(Generalklausel)によつて解消された。⁽²¹⁾第六は、拒否された行政行為の行為要求訴訟(Vornahmeklage)の採用により、解消されたのである。⁽²²⁾

行政実務と行政法理論との、公法契約をめぐる対立は、ザルツヴェーデルによれば、理論の側が準備を欠いている間に、実務において、公法契約の重要性が無批判に高められたことへの一種の嫉妬心であるとか、行政法にとつて「異物」として眺めるといつた、非理性的なことにも、原因があるとみられる。⁽²³⁾この、実務と理論との対立・不一致を解消するためには、

行政法（理論）が、実務の必要性に調和させる（anpaßt sein）しかない、彼は主張する。すなわち、公法契約の許容性を妨げている原因は、公法契約が公法に服するということから来ている。何故ならば、公法は強行法（Zwingendes Recht）であり、明示（または少くとも推断される）の処分権限授権（Dispositionsermächtigung）がない限り、高権の担い手（Hoheitsträger）の場合にも、そうでない場合（Nichthoheitsträger）にも、処分権（Disposition）が存在しないのである。この公法の強行性は、公法の規範（Norm）の中に、特定の国家利益（ein bestimmtes Staatsinteresse）が対象化されている点にもとづいている。公法規範に客観化された「国家利益」に対しては、公法契約を要求する「行政利益」（ein vertragsforderndes Verwaltungsinteresse）も、国民の「私的な特殊利益」（ein privates Sonderinteresse）も、優位を主張できないという「公法の例外なき不可侵性の法律学的教義（das juristische Dogma von der ausnahmslosen Unantastbarkeit des öffentlichen Rechts）」が存在しているのである。そこで、実務の側が、契約を必要としている利益状況について譲歩をし、他方、公法強行性不可侵のドグマが制限されることが必要になると、ザルツヴェーデルは主張する。彼は、公法規範に客観化された静的な国家利益と、公法契約の締結を要求する動的な行政利益との、利益対立過程を考える。そして、両者の利益衡量に際しては、一般的には、規範に対象化され客観化された国家利益が優位に立つが、極く稀に、例外状況（Ausnahmesituation）では、国家利益は、強度の契約要求の行政利益に譲らねばならないとするのである。公法の不可侵性のドグマに対する制限は、契約を必要とする行政利益の正当性（Berechtigung）と強さ（Intensität）の判断から得られるとする⁽²⁴⁾。

ザルツヴェーデルは、以上のように、行政実務と行政法理論との間の、公法契約をめぐる見解の対立・不一致を解消させるために、大胆な試論を展開していくのであるが、考察の対象は、「公法契約」のうちの「行政法上の契約」であり、また「訴訟契約（Prozeßvertrag）」は、訴訟法の問題があるため、外される⁽²⁵⁾。

(二) 公法契約の概念

公法契約は、公行政領域における全ゆる取決め (Abmachung) ないし当事者間で一致をみた全ゆる行政庁の措置を含むものではない。

公法契約の概念にも、全ての契約法に共通の契約の定義があてはまると、ザルツヴェーデルは言う。「互いに対等な、対立する当事者によって、お互いになされた一致した法律行為的意思表示から、契約は成立する」。公法契約にとって、特に強調されねばならぬのは「両当事者は契約締結の際に、互いに対等でなければならぬ」ということである。行政主体と私人との間の公法契約は、契約対象に支配服従関係をもつてくることも可能であり、その場合には、行政主体が、高権を用いなくて、対等の立場で、契約締結を行なうわけである。このように、契約締結時のみ、当事者の対等性が要求されるのである。⁽²⁶⁾ 公法契約を両当事者の対等性に着目して分類するならば、第一に、両当事者がそもそも対等な場合があり、第二に、契約の相手方が支配関係にあり、締結時のみ対等の場合がある。国家と私人との間の公法契約は、第二の類型に属し、考察の対象としては、もつばらこれをとりあげる。⁽²⁷⁾

公法契約の対象 (Vertragsgegenstand) として、ザルツヴェーデルは、次のような分類を行なう。第一に、規範 (Norm)⁽²⁸⁾ である。第二に、権限 (Rechtsbefugnis) である。高権の権限を基礎づけ又は形成するものは稀であつて、非高権の権限の基礎づけの例がみられる。また、権限行使についての契約をも考えることかできる。⁽²⁹⁾ 権限形成の契約としては、相手方又は利害関係人に対する権限を断念するものとか、権限行使を相手方又は利害関係人の同意にかからしめるものを考えることができる。⁽³⁰⁾ 第三に、法律関係 (Rechtsverhältnis) である。高権関係と、非高権関係とがありうる。権利関係全体を包括する「複合的 (ein Komplexes) 公法関係」を基礎づける契約も考えられる。⁽³¹⁾

次いで、「公法契約」と「私法契約」の区別の問題に移つていく。公法契約と私法契約との区別の問題は、公法・私法の

區別の問題の一つの場面であるが、ザルツヴェーデルは、従來の從屬說 (Subjektionstheorie)⁽³²⁾、利益說 (Interessentheorie)⁽³³⁾、主体說⁽³⁴⁾、行政行為代替說、収益性說⁽³⁵⁾、國庫說のそれぞれについて、いずれも採用できないとして、「広義の從屬說」によるべきであると主張している⁽³⁸⁾。

最後に、ザルツヴェーデルは、「行政行為」と「公法契約」との區別について論じる。もちろん、公法契約のなかの、行政主体・私人間の從屬關係契約についての問題である。高權の担い手が、行政行為によつて、私人に対処していくのは、當然の原則である。しかし、ザルツヴェーデルは、「通常の利益狀況 (normale Interessenslage)」の下では、右の原則が貫かれるとしても、「例外的な利益狀況 (eine anomale Interessenslage)」が存在する場合には、契約によりうると主張し、利益狀況の反映として、行政行為と公法契約とを區別するのだとする⁽³⁹⁾。この見解には「大規模で專斷的な、高權力の担い手の讓贈行為 (großzügiger und willkürlicher Geberakt des übergeordneten Hohheitsrägers)」を認めることになつてしまふとの批判が予想されるが、これについては、大なり小なりやむをえない実務上の必要といふことと、法によつて与えられた行政の優越的な地位が、具体的な行政対象との關連で、事實上、失われるといふ利益狀況のだと反論している⁽⁴⁰⁾。公法契約が、どの範圍まで、行政行為にとつて代りうるかといふ問題については、基本的には、右に述べたような例外的な利益狀況にある限り、契約の対象たりうるとする。ただ、法令が要式行為として行政行為の場合には、行政行為に要求されている規定を、契約も遵守することが要求されるとする⁽⁴¹⁾。

(三) 公法契約の許容性の限界の一般原則

(イ) 公法契約の「許容性」概念

「許容性 (Zulässigkeit)」は多義的に用いられているが、ザルツヴェーデルは、公法契約の限界づけのために、「不許容で

はない」との消極的なものとして、公法契約に特有の瑕疵 (Fehlerhaftigkeit) を有しないことを指すものとして用いている。これは「考えうる全ゆる瑕疵 (rechtlicher Mangel) を帯びていない」という意味ではなく、公法契約なるがゆえの、国家の支配服従関係との関連で存する特殊性に帰因する瑕疵に限定しての話である。すなわち、公法契約には、当事者の処分自由の原則 (Grundsatz der freien Parteidisposition) が働かないで、公法の強行性の原則との関連で、許容性の問題が、左右されるのである。⁽⁴²⁾

(ロ) 公法法規から生ずる許容性限界

公法契約の内容は、所与の規範・権限・法律関係の形成か、または、予め与えられてはいない規定の基礎づけに向けられるが、公法の拘束性は、所与の規定の下での形成の場合と、そうでない場合とは、異なつてくるとして、ザルツヴェーデルは、以下のように説く。

① 契約締結の際に、契約対象について、所与の規定 (die heteronom vorgegebene Regelung) がある場合に、それが、強行法的性格を有するものと、そうでないものがある。(i) 契約対象になつてゐる規範・権限・法律関係につき、直接、公法の規定として存在しているのであれば、基本的には、強行法的性格を有する。いわば、動かし難い国家利益の表明がなされているからである。したがつて、契約による形成は、原則的に不許容である。(ii) 所与の公法規定が、明文で「処分しうる (dispositiv)」としてゐるならば、契約形式は許される。この場合、契約行使に当り、裁量の限界をこえるものは、不許容である。(iii) 明文の上からは直接出てこなくとも、具体的法律関係が、公法契約で形成されることがありうる。この場合、根拠規定の中の客観化された国家利益が、それぞれの点について、不可侵とはされていないことが必要である (たとえば、官吏俸給権の放棄)。(iv) 複合的法律関係・法権限の、私人の側からの放棄は許されない (たとえば、官吏の全俸給請求権の放棄とか、建築許可申請権の放棄)。恣意的な自己放棄を妨げるためである。⁽⁴³⁾

②締結の際に、契約対象について、所与の規定が存在しなく、したがって、他律的ではなく、自律的に定める場合、三類型に分けられる。(i)予定された規定(eine heteronom vorbestimmte Regelung)にもとづく公法契約(たとえば、市町村の義務として予定されている、二市町村間の小学校設置・維持契約)は、単に執行的なものであるから、規定から外れば、強行法違反として、不許容。(ii)規定上、特定の許容の内容を有するだけでなく、裁量の余地を認めておく規定(eine heteronom vorgelenkte Regelung)にもとづく契約(たとえば、疾病組合と健康保険医との間の被保険者診療契約)は、原則として許容だが、裁量の限界に反するときは、不許容である。(iii)特別の規定の制限のない、規定から自由な契約は、ことに、法から自由な領域(rechtfreier Raum)に属するもので、裁量の限界のみが、不許容の事由として考慮されるにとどまる。⁽⁴⁴⁾

③結論としては、明文で「処分しうる」と規定している場合(①)(ii)、法が裁量の余地を残している場合(②)(iii)、法から自由な領域に属する場合(②)(iii)には、原則として、公法契約は許容されることが判明した。

(ハ)公法契約の基礎の利益状況

契約締結を必要とする行政利益は、法規範の中に客観化された国家利益と対立している。契約締結を必要とする利益状況を、ザルツヴェーデルは、二類型に分類し、特定させる。すなわち、和解(Vergleich)と交換(Austausch)と⁽⁴⁵⁾である。

①和解契約は、現実の法的状況(Rechtsslage)——特定の規範、権限、法律関係の存否・内容——に関しての少なくとも主観的な不明瞭さを除去する目的のために、当事者によつて締結される公法契約である。「主観的、不明瞭」は、当事者の法認識又は事実探求の不完全さに帰因する、当事者にとつての不明瞭を、他方「客観的、不明瞭」は当事者以外の第三者にとつても、何が法か、何が事実か、確実に一義的な認識が不可能な場合を指すことにする。法についての客観的不明瞭として、不確定法概念が考えられる。また、いかなる法概念も、境界線(Grenzlinie)を有するので、境界線上の問題解決のためにも、和解契約が締結される。事実についての客観的不明瞭は、事実関係がそもそも解明されないか、又は、ある程度までし

か解明されず(たとえば、所得税法上の「所得金額」、金銭的にも、人的にも到底受忍できないような行政の消耗、浪費をしなくては、十分に解明されないものを指す。和解契約は、通常、所与の規定のある規範・権限・法律関係の形成を内容とするので、それが強行法である場合、困難な問題となるが、それについては、次項(四)で検討される⁽⁴⁶⁾。

②交換契約は、少なくとも一方当事者が、何らかの行政利益の存する特定の反対給付を得るために、公法内容の給付を与える契約である。「反対給付」は、私法的給付(たとえば土地の譲渡、賃借、補償金)でも公法的給付でもよい。「公法内容の給付」について、とくに制限はなく、時には、和解との結合型として、和解を反対給付にかからしめる場合もありうる(たとえば、二つの市町村にまたがる興行について興業税の帰属が不明瞭のときに、興行税高権を放棄するが、それを反対給付としての和解金の支払いにかからしめる場合⁽⁴⁷⁾)。

③ザルツヴェーデルは、公法契約の類型として、行政主体相互間に主としてみられる、合同契約(Gesamtvertrag)を、第三の類型として挙げる。しかし、これは、本稿の対象とする従属関係契約ではないし、彼自身、詳しく論じているわけではないので、割愛する⁽⁴⁸⁾。

(二)平等原則から生ずる許容性限界

公法契約は、第一に、他の者との比較における平等取扱い、第二に、行政行為との比較で、形式・内容が平等か、第三に、同一構成要件下の差別取扱いが、専断か、合理的な理由によるものか、という、三つの問題を抱えている。ザルツヴェーデルは、契約を要求する行政利益と、契約に敵対する平等原則の対立が問題であると、契約は、先ず、強行法に反しないことが第一に考えるべきことで、強行法違反の契約は、平等原則を持ち出すまでもなく不許容であるとしたのち、次のように和解契約と交換契約について分説する。

①和解契約のうち、(i)客観的不明瞭除去のためのものは、法状況の不明瞭に原因があるのであつて、他の法状況と同列に

は扱えず、差別的取扱いであるとはいえない。(ii)主観的不明瞭除去のためのものにつき、ある場合に主観的不明瞭があり、ある場合に主観的不明瞭がない(よつて和解契約によらない)ということは、不平等ではない。一方は和解により、他方は、行政行為その他の手段によるということも、法形式の違いではなく、内容が問題であり、行政利益——行政裁判手続きにまでもつれこむのを未然に防ぎ、時間・労力・費用を節約し、相手方との協調を維持する——のためであれば、専断的差別ではない。

②交換契約については、反対給付をたまたま約束しなかつた競願者などが、当該公法内容の給付を受けるチャンスを失うならば、差別となる。公法内容の給付が、反対給付に、実質的に基礎づけられたか、あるいは専断的か、ということが、指標である。

③ザルツヴェーデルは、結論として、契約を要求する行政利益が正当なものであると認められれば、同一構成要件についての差別的取扱いの問題はなく、正当な行政利益は、平等原則よりも強いと主張する⁽⁴⁹⁾。

四 和解契約の許容性の限界

和解契約 (Vergleichsvertrag) の許容性について、ザルツヴェーデルは、(三)(四)の説明を、次のように補足説明する。

(イ) 所与の強行規定に関する和解契約

強行公法に反する契約は、基本的に不許容である。和解契約が、不可避の和解利益に奉仕するときのみ、許容性が正当となりうる。和解契約の条件として (i) 客観的不明瞭の存在 (三)(ハ)①参照)、(ii) 客観的不明瞭の範囲を超えないこと、(iii) 明らか現存する法状況についての改善効果の存在、の、三、前提が挙げられる。(i)において、「主観的不明瞭」を除外したのは、強行法規の存否・内容に關しての当事者の主観的不明瞭さでは、和解利益と言えないからである。「客観的不明瞭」は(三)

(イ)①で述べたように)、第三者からみても不明瞭な場合であつて、この中には、法律専門家が長期にわたり鑑定のために当れば解明が期待しうるような場合をも含む。すなわち、法と、事実関係に関しての、行政の異常な出費は、最重要行政課題についてならともかく、日常的な行政では避ける必要がある、行政任務の範囲、困難さ、行政手段の有限性から考えて、解明に「ついやす時間、労力、費用がつぐなわれるかどうかなのである。(iii)の「改善効果」とは、法又は事実関係に付着する不明瞭さの除去又は減少を指すものである。⁽⁵⁰⁾

行政実例として、規範契約 (Normvertrag) は稀であつて、権限の管轄協定 (Zuständigkeitsabkommen) (たとえば、複数の自治体にまたがる施設についての興業税徴収についての自治体相互間の協定)⁽⁵¹⁾ が主たるものである。強行法として存在する法律関係に関するものとしては、土地所有権が争われているときの、当該土地の警察責任に関する紛争当事者間の契約⁽⁵²⁾ (行政庁に対する効力は、行政庁の同意にかかる)、飲食税契約 (具体的な毎年度の租税債務についての合意)⁽⁵³⁾ などがあつた。

(ii) 処分しうるとする所与の規定に関する和解契約

強行規定でなく、処分しうるとしているならば、和解契約は、「主観的不明瞭」の場合であつても許容される。和解利益は、特に強度である必要がないからである。しかし、正当な行政利益は必要である。「主観的不明瞭」には、行政が時間・労力・費用を免れるために、かなり確定する見込みがあつても、妥協する場合をも含んでいる。和解契約について、自由裁量の一般的限界が、許容性の制限となる (たとえば、当事者が、法又は事実状態確定を明瞭化できる状況にありながら、和解によるときは、裁量濫越となる)。また、授權規定が予定している要件 (たとえば上級庁の認可) は、充足しなければならぬ。⁽⁵⁴⁾

行政実例として、飲食税についての、主観的不明瞭除去のための和解契約 (多年にわたることと、上級監督庁の認可が必要)、保険者と被保険者との間の、(保険給付の) 給付請求についての和解⁽⁵⁵⁾ などがある。

ザルツヴェーデルは、和解契約につき、右の(i)(ii)の二つの場合についてのみ論じ、他のケースは、これと同様に考えうる

とするのみである。⁽⁵⁶⁾

(四) 交換契約の許容性

交換契約 (Austauschvertrag) の許容性について、ザルツヴェーデルは次のように論じる。

交換契約の許容性は、(i) 公法内容の (一方もしくは双方の) 給付の、(反対給付との関係においては) 許容性と、(2) 交換利益の強度 (Intensität) と正当性 (Berechtigung) にかかる。かりに、公法内容の給付が許されないものであれば、反対給付との強い交換利益を証明しなければならない。⁽⁵⁸⁾

(1) 所与の強行法規に関する交換契約

強行法規に反する契約は、基本的には不許容である。しかし、交換利益が強度であれば、例外的に考えねばならぬ。その前提条件として、(i) 交換利益と、法規において客観化された国家利益とを、対立させ、利益衡量を行なう。(ii) 公法内容の給付をなすと表明した当事者が、相手方から当該反対給付を得る別の可能性が全くないか、又は、少なくとも主張に値する何らかの正当な理由から、それを得る可能性を用いないということ、(iii) 反対給付が、適切妥当 (angemessen sein) であること、その判断には、両給付の価値 (貨幣価値にとどまらず、具体的な行政任務遂行という行政価値を含む) の評価が前提となる。⁽⁵⁹⁾

行政実例として、(自治体が企業誘致のため、営業税の課税を免除し、その代り、当該自治体の区域内に、支店・営業所の設置を求めるといふ) 企業誘致のための営業税免除協定、類似の方式として、「支店・営業所開設後、一定年限、営業税を一定額に固定させる」といつた協定があるが、一概には、許容性を肯定することはできない。⁽⁶⁰⁾ その他、营造物利用契約 (たとえば、水道加入強制の場合に、自宅の井戸を使用して、交換契約により、加入強制を免れうるか、あるいは、利用関係につき、利用料率や利用権の制限を、交換契約で合意できるか) ⁽⁶²⁾ が考えられる。

(四) 処分しうるとする所与の規定に関する交換契約

処分しうるの規定に向けられた交換契約は、裁量の違法がない限り、許容される。裁量権拘束の強さは、当該規定の処分権限授権の仕方にかかる。

行政実務上の例として、営業税の分析基準の合意、⁽⁶³⁾ 营造物利用関係⁽⁶³⁾ について、処分自由条項 Dispositivklausel⁽⁶⁴⁾ をおいた場合の契約、私人間の（道路清掃といった）公義務引受け契約、収用契約などがある⁽⁶⁴⁾。

(ハ) 予め法規に定めがない契約対象について

① 予定された規定に関する契約 (三)(四)(2)(1) は、本項(1)の議論が準用される。実例として、道路占用許可契約などがある⁽⁶⁵⁾。

② 裁量の余地を予め認めている規定に関する契約は、裁量の限界を超えるときのみ、不許容となる。

実例として、建築禁止の特例として、金銭もしくは無償土地譲渡の反対給付の下に、建築許可を与える契約がある⁽⁶⁶⁾。

③ 規定から自由な領域の交換契約は、裁量の限界を超えるときのみ、不許容である⁽⁶⁷⁾。

第三節 ザルツヴェーデルの所説の検討

前節で概要を紹介したザルツヴェーデルの論文について、シュバンナーは、その書評の中で、「ザルツヴェーデルの見解が、余りの「公法契約への」愛着から、公法上の契約の法形式に導かれていると思われる」とも、さらに「彼の見解と」一致できなくても、彼の研究は、いづれにせよ、現下の問題領域に、非常に重要な寄与「をなすもの」である」と述べている⁽⁶⁸⁾。事実、彼が分類した「和解契約」「交換契約」という類型は、連邦行政手続法草案にも、そっくりそのままでないにしても、とりいれていることから、極めて労作であると評価できよう。

しかし、彼の議論には、かなりの荒さが目立つといわなければならない。たとえば、公法契約に消極的な学説の論拠に対

して、(一)において、いずれも時代遅れであると断じているが、「契約上の権利のための行政訴訟における権利保護が問題である限りにおいては、この状況は疑いが無い。しかし、その他の列挙された「消極説の」事由についても、このことが妥当するかどうかは疑問が残る」とアベルトも指摘している⁽⁷⁰⁾。特に、公法契約の自由性を否定する見解を、法実証主義で片付けることはできないのであつて、彼自身もその存在を認めている、公法の強行法性のドグマあるいは法治行政の原理ともからんでいるのである。第二に、たとえば、(二)の双方的行政行為と公法契約との区別が、利益状況の差という説明は、やや強引にすぎるとする。第三に、彼の(三)でいう「許容性」という言葉が、どうも、契約締結の自由性の問題と、自由性を前提とした上での効力の問題(たとえば、裁量の限界云々)などを含んだ概念のようであり、はつきりとしれない。ブレックマンは、この点につき、ザルツヴェーデルの用法は「許容性の限界という表現で、行政契約の内容、(Inhalt) の法適合性の問題を」論じていると指摘し、むしろ本来は「行為形式 (Handlungsform)」を指すべきであると⁽⁷¹⁾する。第四に、(三)(二)で、平等原則との関係を形式論理的に割り切っているが、ここでは「強行法に反しない」ことが前提とされているのに、続く(四)、(五)において、強行法と抵触する契約を認めており、どうも一貫した説明になつていない。第五に、彼が「行政利益」と対立させる「国家利益」概念がそもそもも分りにくい。公法の強行性の論拠として「国家利益」を想定するのであれば、当然に、法治行政の下での、契約に対する統制方法を説く必要がある。

ザルツヴェーデルの所説の最大の論点は、利益衡量によつて、公法契約を肯定しようとする点である。アベルトは、「ザルツヴェーデルのテーゼは、『行政利益の不可避性』という、非常に不明瞭で定まらない概念に依つてゐる。一般的妥当性を要求している、強行法に対立する契約許容のテーゼに対しては、重大な注意が必要である。というのは、このテーゼは、関係人が、法律行為と法規との相違を不可欠とする確信に満たされ、裁判所も同じく確信するといふ、全く特別な状況の例外として、要求しうるものであるから。いずれにせよ、法現象に服従するとすれば、法律学の悪しき奉仕である」と批判す

⁽⁷²⁾。同種の批判は、プリンガーやマルティンズによつてもなされている。⁽⁷³⁾確かに、いかに行政上の利益があらうとも、法に反しえないというのが、公法の強行法性であるから、彼の見解というものは、方法的に全然かみあつてこないのは当然であらう。しかし、筆者としては、彼の方法論に共感を覚える面もあり、むしろ、契約に対する統制手段についての彼の配慮不足を、残念にすら感じるのである。

彼が摘示した、和解契約と交換契約とは、先に述べたように、行政手続法案にとりいれられているが、たとえば、⁽⁷⁴⁾我が国で問題となつた行政契約について、どの程度彼の論法で処理できるであらうか。(i)公害防止協定は、片務契約であるので議論に乗りにくい、仮に行政側が何らかの義務を負えば、交換契約となりうる余地はあらう。(ii)工場誘致協定は、彼も、交換契約として論じる。(iii)報償契約は、交換契約と構成でき、彼も、道路占用許可契約を論じる。(iv)緑地保全のための協定(緑地保全という一種の公用制限の、反対給付としての奨励金交付)も交換契約と構成できる……というように、有益な手掛りとなりそうである。なお、契約統制の手段として、第三者が契約の効力なりを争う途として、⁽⁷⁵⁾抗告訴訟とか、⁽⁷⁶⁾住民監査請求とか、我が国の法制では考えうることを指摘しておきたい。

公法契約の問題を考えるためには、法行政原理の原理的再検討と共に、ある程度、行政領域毎に分解して論じる必要もあらう。裁量行為(実体的授權のあるもの)⁽⁷⁷⁾であれば、当然に公法契約が許されるのか、⁽⁷⁸⁾行政に行為形式選択の自由があるかといった論点も、もう少し詰めて論じる必要はあらう。これらの未解決の課題は、筆者の今後の研究課題でもある。

(一九七四・一一・二八)

(付記) 本稿執筆にあたり、昭和四七年度慶應義塾学事振興基金による研究補助を受けた。

(一) 本稿は、「公法契約論序説——公法契約の自由性に関する一考察」と題して、一九七三年一月に書き上げた、筆者の助手論文の一部である。当初

筆者は、ドイツにおける公法契約論を、時間的にさかのぼり、歴史的に考察するつもりであったが、怠惰のために果たし得ず、明年の西独留学の課題として持ちこたへた。そして、右論文においては、第一章で、我國の学説を整理し、近時の行政実務上の契約現象を指摘したのち、「いわゆる権力行政においても、公法契約は、一定の制約下で、自由性を有するか」との命題を定立した。第二章では、右命題の検証としてザルツヴェーデルの所説と、行政手続法案中の公法契約の規定とを採り上げた。第三章で、検証できたかどうか、定立した命題の問題点は何かなどを、今後の展望として述べた。ここでは、その全般を公にすることは断念し、もう少し筆者自身の考えを練り直してから、改めて、批判にさらすことにしたい。

さらに、筆者が、本稿において、ドイツ行政法学における公法契約論を、考察の対象とすることについて、断わっておく必要を感じる。筆者は、公詳細の論証は、別稿に譲るとして、我國の公法契約をめぐる議論が、大筋において、ドイツにおける公法契約論を、殆んどそっくり継受してきたと考えられる。学説継受を前提にして、我國の学説の再検討のため、ドイツにおける公法契約論を、当面の研究の素材としたのである。もちろん、外国の法理論をとりあげるには、その意義なり、方法論に問題が残することは承知している。さしあたり、筆者にとっては、資料と能力の不足から、「アイデア探索の手段」(原田尚彦「行政契約論の動向と問題点」)法律時報四二巻一七〇頁註九の域を出ない。

(2) Georges Langrod, Administrative Contracts—A Comparative Study—, The American Journal of Comparative Law, Vol. 4 No.1 pp. 353—7; Otto Baehof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL, Heft 30, S. 231f.; Jürgen Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, (Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 11) SS. 49

○・マイヤーの公法契約否定説については、柳瀬良幹「公法上に於ける契約の可能乃不自由」(「行政法の基礎理論」第一巻、一九三六年稿、一九六七年再刊、清水弘文堂、所収)二四四頁以下、塩野宏「オート・マイヤー行政法学の構造」一九六二年有斐閣、二七二頁註四、長尾久衛「オート・マイヤー公法契約論」名城法学一五巻一・二号 参照

(3) Wilhilt Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Amuldtの見解については、田中二郎「公法契約論序説」(「行政行為論」一九三三年稿、一九五四年有斐閣)二八二頁、淡川典子「公法契約論序説」名大法政論集四七号一七頁以下参照

(4) Joachim Schmidt-Salzer, Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt, zweiseitiger Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag, Verw. Arch. Bd. 52, Heft 2, S. 135

(5) Erkehart Stein, Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, AoR. Bd. 86 S. 320

(6) J. Salzwedel, a. a. O. (oben Anm. 2)

(7) Max Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag. In: Höpferの見解については、山田幸男「行政法の展開と市民法」一九六二年有斐閣三三三頁以下、長尾久衛「タクヌ・イン・ホーデン公法契約の類型」名城法学一六巻三・四号、一七巻一・二号所収参照

(8) Klaus Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Verw. Arch. Bd. 49 S. 106ff.

(9) 藤原淳一郎「西ドイツ行政手続法案をめぐる公法契約論」法学研究四四巻七号一四四三頁以下、ながら「Musterentwurf eines Ver-

wahlungsverfahrensgesetzes (1963), 2Auf1, 1968, Grote によつては、南博方「西独の行政手続法草案」ジュリスト三三二号 三二四号所収
中村弥三次「行政手続法資料」一九七一年自治日報社六九頁以下 参照

(10) 山田・前掲書(註7)三三五頁以下

(11) 原田・前掲(註1)法律時報四二巻三号八七頁。なお、原田教授は、右の山田教授の論文は、ザルツヴェーデルの所説を、適切に紹介したものでなかつたとして、批判される(同八九頁註四)

(12) 公法契約に関するドイツの文献リストとしては、次のものが便利であらう。J.Schmidt-Salzer, a.a.O., (oben Anm. 4), S. 135; Anm. 2; Peter Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, (Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 229), S. 216 Anm. 5 なお、この数年の Karlsruhe Juristisch Bibliographi は公法契約に関して、かなりの数の学位論文(Dissertation)が公にされてゐることを示してゐるが、その文献を、残念ながら入手できなかった。

(13) ザルツヴェーデルは、ドイツ国法学会雑誌の会員名簿によれば、現在、ボン大学の正教授のようである(VVDStRL, Heft 31, S. 325)。本稿で採り上げた論文の外に、Staatliche Genehmigungsvorbehalte gegenüber der Selbstverwaltung, Arch. f. Komm. Wiss., Bd 1 (1962); Die Lehre vom Verwaltungsakt in der Rechtsprechung des BSG, in: Weber / Ule / Bachof, Rechtsschutz im Sozialrecht (1965) 等の論文がある。

(13a) Salzwedel, a.a.O., (oben Anm. 2) など、慶大研究室書庫は、Neue Köhner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen を揃えてゐるが、どういふわけか、第一のザルツヴェーデルの本書のみ欠号となつてゐた。そこで、神戸大学の山田幸男教授のお持ちのものをお借りして、このように勉強することができた。ここに、山田教授に対し、厚くお礼申し上げたい。

(14) 本稿においては、ザルツヴェーデルの文章を、正確に伝えることに留意するとともに翻訳調の読みづらさを避けるために、かなり意識した。本稿は、当初、直訳を心掛けたのであるが、「意味がよく分らぬ」との批判を戴いたので、このように「書」を改めたものである。この点、ご了承戴きたる。

(15) Salzwedel, a. a. O., S. 212; Vgl. Mustertwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (1963), a. a. O., (oben Anm. 9), Begründung, S. 186f.

(16) Salzwedel, a. a. O., SS. 12—14

(17) 「国家と国民の間には、意思の対等というものはなく、契約は存在しない」といふ、この立場の立論については、柳瀬教授が、鋭く批判されておる。「公法契約の可能性」については、我国では、異論のなるところである。柳瀬・前掲(註2)二四四頁以下参照。

(18) ザルツヴェーデルは、O・トイヤー行政法をここで批判してゐる(Salzwedel, a. a. O., SS. 12f, 15)

(19) ほぼ同旨のものとして、Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10 Auf1, 1973, S. 277

(20) 南博方「行政裁判制度」一九六〇年有斐閣 二二六頁以下参照

(21) 南博方「行政訴訟の制度と理論」一九六八年有斐閣 二〇四頁参照

(22) 南・前掲(註21)二〇六頁「Redeker / von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 3Aaufl., 1969, S. 127 参照

(23) Salzwedel, a. a. O., S. 15

(24) AoO, SS. 18—21

(25) AoO, SS. 24—27 なる行政法の文献に於ては、「公法契約」は「行政(法上)の契約」と同義語として用いられ、憲法や国際法の領域の契約は外ならず。本稿の「公用語法」に於ては、Vgl. Forsthoft, a. a. O., (oben Anm. 19) S. 273f; Volkmar Goltz, Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen Vertrags, Jus 1970, S. 1 Anm. 3; Carl Creifelds, Rechtswörterbuch, 3Aaufl., 1973, S. 794

(26) Salzwedel, a. a. O., SS. 29f, 40f.

(27) 第一類型は「行政主体相互間の契約」、私人相互間の契約が通常考えられるし、第二類型は「行政主体と私人間の契約が典型的である(AoO, SS. 41—43)。前者は通常「対等関係契約(Koordinationsrechtlicher Vertrag)」と呼ばれ、後者は「従属関係契約(subordinationsrechtlicher Vertrag)」と呼ばれ、Vgl. Pieper, Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrag im Verhältnis Staat und Bürger, DVBl. 1967, S. 11; Goltz, a. a. O. (oben Anm. 25), S. 1; Creifelds, a. a. O. (oben Anm. 25), S. 1222

(28) 規範契約の例として、疾病組合(Kranken Kasse)と健康保険医団体(Kassenärztliche Vereinbarung)との間に締結された健康保険医が被保険者を診療する契約(Gesamtverträge die kassenärztliche Versorgung der Krankenversichererten)がある。その他、健康保険組合相互間の管轄契約(Zuständigkeitvertrag)に於て、既に存在している企業と組合間の保険関係を、特定の職種または企業につき、他の組合の管轄に移すものがある。

ここに「規範」というのは、抽象的な構成要件の定めであつて、具体的事実関係における具体化により、法律効果(権限、法律関係の基礎づけ)もしくは形成)を直接に生じるものをさう(Salzwedel, a. a. O., S. 57 ff)

(29) 高権の権限であるかどうかは、行政行為か契約かといった形式からではなく、実体法上の効果から決すべき問題であるので、高権権限に関する公法契約も論理的には「応存在しうる。許容性の問題を措くと、税につき、行政処分によらず、契約によつて租税義務を確定するというものを例にとると、これは、権限の形成ではなく、租税債務関係という法律関係についての、権限の行使についての契約でしかないので、権限形成についての例は、具体的にはなく(Salzwedel, a. a. O., SS. 67-69)。

(30) AoO, S. 69f, サルツウェーデルは、具体例を挙げてゐない。

(31) AoO, S. 70-75「複合的公法関係」の例として、サルツウェーデルは、公務員と帰化とを挙げる(S. 74)が、これは「この二つについて、必ずしも公法契約説をとつてゐるという趣旨ではなさそうである。複合的公法関係の基礎づけの契約の例として、彼は、健康保険組合の組合員への加入(もしくは組合設立行為)というものを考へてゐる(S. 74)。

(32) 「公法は支配服従関係で、私法は対等関係である」とするものである。高権関係が契約対象となつてゐる契約については、行政主体と服従の地位に

ある私人とが対立しているということで、従属説で説明がつく。しかし、高権関係が対象とならない契約について、説明つげできない。(AaO, SS 88-89)

(33) AaO, SS, 88-89 この部分については、山田・前掲書(註7)三三五―六頁参照

(34) AaO, S. 87 主体説には、公法形式によるか私法形式によるかという、行政の選択の自由の存在を説明できないという難点がある。

(35) 公法契約を行政行為の代替物とする見解は、高権関係は、行政行為によらなければ、変ええないという原則との関係を十分説明していないし、また、非高権の関係における契約について、説明することができない。(AaO, S. 87f.)

(36) 自己固有の経済利益を目的とするのが私法で、そうでない自己固有でない利益を目的とするのが公法であるとの見解である。しかし、私法による「木工事」とした例を考えれば、この見解は採用できない(AaO, S. 88f.)

(37) 金銭の支払いを目的とするのが私法であるという見解であるが、たとえば、租税、生活扶助といった例を考えただけでも、採りえない。(AaO, S. 89)

(38) AaO, SS, 88-102 狭義の従属説による外、非高権的内容の契約については、従属説を拡張しこれを「公義の従属説」と名付けている。この部分に「ドイツ」山田・前掲書(註7)三三六頁に譲る。

(39) 行政行為の中でも「双方向的行政行為」と公法契約との区別が困難であるが、「通常の利益状況」か「例外的利益状況」かによって区別する(AaO, SS, 48-52)

(40) AaO, SS, 43-52

(41) AaO, S. 52f.

(42) AaO, SS, 103-105, 公法契約の不許容も、原始的の不許容と後発的不許容とがあり、前者は無効、後者は取消しうる瑕疵である(AaO, SS, 107-113)

(43) AaO, SS, 114-116

(44) AaO, SS, 117-119

(45) AaO, SS, 45, 119f.

(46) AaO, SS, 120-123, 194ff.

(47) AaO, S. 124

(48) AaO, SS, 124f, 254-256

(49) AaO, SS, 127-132

(50) AaO, S. 194-196 Vgl. Stein a. a. O. (oben Anm. 5), S. 325

(51) 興行税法は、複数の市町村が税を分配することを予定していないので「施設の重要な箇所」が何処に属するか決せざるを得ない。この不確定概念をめぐり、和解の利益がある。この契約は、納税義務者にも効力が及ぶと考えられる。課税庁が何処かという問題は、私人にとつて、何ら負担的な事柄で

- たはぶかひやる (AaO, SS. 198-201)。
- (82) AaO, S. 204f. など、警察責任については、東平好史「警察責任の研究」神戸法学雑誌二六卷三号、同四号参照
- (83) 税務職員が事実関係を掌握することは、飲食税について困難であるばかりでなく、事実探知のコストに見合うほどの重要な額の税ではない。なお、売上げが年度予想よりはるかに超えたようなときには、その契約は、後発的に不許容と考えれば足りるし、当事者の合意によつて、本質的に租税を変えつづめた場合には、和解の第二要件でチェックされる。(AaO, SS. 105, 109, 207f, 210)。
- (84) AaO, SS. 218-221 和解契約締結の際に、形成権授権が必要であるといつた、厳格な解釈を行なえば、和解の余地はなくなつてしまふのは当然である (AaO, S. 220)。
- (85) AaO, SS. 221-225
- (86) AaO, S. 194f. など、彼は、和解契約のうち「産業保険組合の登録台帳契約 (Katasterabkommen der gewerblichen Berufsgenossenschaften)」については「一三六頁以下で詳細に論じているが、本稿では、割愛した。
- (87) 「公法内容の給付」とは公法規範・権限・法律関係の基礎づけ又は形成が存在する場合と、さらには、高権行使による私法的規範・権限・法律関係を形成する (AaO, S. 225)。
- (88) AaO, S. 227f.
- (89) AaO, SS. 229-233
- (90) 前者(免除協定)は、第一要件を欠く。行政利益としては住民の雇用の機会とか、将来の税収源の確保ということがあるが、国家としては、このような租税放棄は認め難い。企業から、見返りとして、公共用建物をつくらせるなどすれば、第一要件の限りでは(第二要件がひつかかる)問題ない。後者(一定額固定)は、大企業が自治体に税額の変更を指導することになりかねない。(AaO, SS. 234-238)
- (91) 概して不許容 (AaO, S. 239f.)
- (92) 反対給付との関係が問題である (AaO, S. 240f.)。
- (93) 通常は和解契約だが、他の租税債務のための合意としての交換契約もある (AaO, S. 243f.)。
- (94) AaO, SS. 241-246
- (95) AaO, S. 247f.
- (96) 反対給付が、建築禁止の法目的にかなうもの(たとえば、道路・交通の観点の禁止の場合に、交通路維持費の確保のため)ならば許容されるが、別の目的のためであれば、裁量違法とならう (AaO, S. 252)
- (97) AaO, S. 253f.
- (98) Hans Spanner, Buchbesprechungen, DVBl. 1968, S. 725
- (99) 本稿前註⑥外 Albert Blackmann, Subordinationsrechtlicher Verwaltungsvertrag und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Verw. Arch. Bd. 63, S. 404ff. Klaus Grimmer, Ausübung öffentlicher Gewalt im Bereich der Wirtschaft durch Verwaltungsakt oder Vertrag, BB, 1973, S. 1589ff.; Forsthoft, a.a.O. (oben Anm. 19), S. 278ff. 以下は後の政府草案に於いての見解を示すべし。別稿を紹介した。

(70) Wilhalm Apelt, Der Verwaltungsrechtliche Vertrag, AöR 1969, S. 266

(71) Bleckmann, a. a. O. (oben Anm. 69), S. 404

(72) Apelt, a. a. O. (oben Anm. 70), S. 271f.

(73) 原田「前掲(註一)法註四」三卷三号八八頁 Vgl. Christian-Friedrich Menger, Zum Koppelungsverbot bei öffentlich-rechtlichen Verträgen, Verw. Arch 1973, S. 208, Anm. 43

(74) フレックマンは「草案は行政行為と契約とを同等に扱っており、契約を異型とみるサルツヴェーデルと異なるとする」(Bleckmann, a. a. O., S. 412)

(75) 二段階的に構成し、先行行政行為を争う場合と、契約の対象となつた行政行為(たとえば例外的建築許可)を争う場合とが考えられる。不服申立前置がとられ、かつ、不服申立権者たりえないと却下された場合、適法な訴えを起させるかどうかの問題は残る(南博方編「注釈行政事件訴訟法」一九七二年有斐閣、九八頁以下参照)

(76) 筆者も、市街化区域の農地の固定資産税の宅地並み課税の上乗せ分を奨励金として交付する契約は、都市計画法・地方税法・憲法一四条に反するとして、地方自治法二四二条にもとづき監査請求したことがある(横浜市監査委員会昭和四九年七月三十日、棄却)。住民訴訟の要件が限定されている(同条の二)ため、出訴には至らなかった。

(77) 従来は学説にのみ、Bleckmann, a. a. O., S. 406ff. 以下に詳し。消滅: Schmidt-Salzer, a. a. O. (oben Anm. 4), Ss. 143f. 148, 150 積極: H. Grund, Die Konkurrenz zwischen subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt, DVBl 1972, S. 885f.

(78) そのほか、裁判管轄の問題(公法か私法か)についての西ドイツの判例も、かなり流動的であり、検討を要する。Vgl. Menger, a. a. O. (oben Anm. 73), S. 203f.

(79) 手島孝「現代行政国家論」一九六九年、勁草書房、三九二頁は、「シュタイン」と表記する。